

# 论名誉权保护的刑民协调必要性<sup>\*</sup>

## ——以行为人主观状态为中心

王伟伟

**摘要:**我国刑法与民法对名誉权的保护存在差异。在损害他人名誉事实非真实性的主观状态上,刑法采“故意捏造”标准,而民法采“合理核实义务”标准。虽然法律部门差异和刑法谦抑可作为解释理由。但我国的刑民差异与美、德等国不同,这些国家均有其实现刑民协调关系的机制。就体系性而言,我国诽谤法律调整的刑民差异导致法秩序整体的不协调。就价值判断而言,刑法的标准导致言论自由处于优势保护地位,在民法上言论自由与名誉权则处于同等的位阶,刑民差异与宪法价值秩序统一原则相悖。就实际效果而言,刑法将未尽合理核实义务的不实言论排除在外,将造成名誉权刑法保护的畸轻或畸重。刑法与民法均以合理核实义务标准为基本规则更可取。在涉及公众人物或公共利益以及多次转发等情形,刑法与民法对于名誉权保护也存在协调的必要性。

**关键词:**名誉权 诽谤 言论自由 刑民关系 合理核实义务

**中图分类号:**DF51 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-8330(2022)04-0065-16

**DOI:**10.13893/j.cnki.bffx.2022.04.002

在我国,诽谤由刑法与民法共同规范。刑法以故意捏造事实并故意损害他人名誉作为构成要件,而民法对名誉权的保护并没有这么严格的标准。这种表面看起来没有任何问题的调整格局却隐藏着一个不容忽视的重要差异。换言之,我国刑法将过失不知损害他人名誉的事实为不真实的情形,排除在诽谤的刑法调整之外。即使行为人明知其误以为真实或不辨真伪的事实有损他人名誉,只要该等事实不是其故意捏造就不构成诽谤。实际上,各国均重视诽谤的法律调整问题。我国也在加强名誉权等人格权的保护,而诽谤法对名誉权保护有重要意义。我国对诽谤法律调整可能存在的疏漏,应当引起关注。我国刑法与民法的差异说明对于诽谤概念的基本认识,尚有待明确。虽然刑法与民法不必然采取同样内涵的概念,但刑民诽谤概念不是无关的,两者均涉及意见表达与事实陈述的区别,虚假的事实陈述才涉及诽谤。有损他人名誉事实的真实性,也并不是单纯的事实判断或举证问题。在损害他人名誉言论非真实性判断上,不同国家存在不同的认定标准。除纯客观的“真实性抗辩”外,还有考虑主观因素的“明知捏造”“真实恶意”“合理核实义务”“基于公共利益的发表”等标准,形成了

<sup>\*</sup> 本文系北京市社会科学院2022年度重点项目“数字经济立法基础理论问题研究”(2022A6830)的阶段性成果。

[作者简介]王伟伟,北京市社会科学院法治研究所助理研究员,法学博士。

诽谤法律调整的不同格局。我国刑民差异的问题是,在同一法秩序内诽谤的构成标准及法律调整是否应相互协调? 应如何处理诽谤所涉及的损害他人名誉事实非真实性的判断标准? 在构成要件和价值判断上是否应保持统一性? 这些问题涉及诽谤法律调整的基本理念和定位,也是诽谤法的核心问题。<sup>①</sup> 从诽谤的既有研究来看,学界多聚焦于诽谤的名誉权保护与言论自由的关系、公众或政治人物名誉权保护等,但以诽谤事实非真实性主观状态为着眼点并从刑民关系协调性角度展开的尚付阙如。基于该问题对诽谤概念的重要性以及该问题探讨的必要性,笔者将结合我国的立法史、比较法展开探讨。

## 一、名誉权保护的刑民规范史

### (一) 刑事诽谤罪的规范史

我国1979年《刑法》对诽谤罪已有规定。当时《刑法》第145条规定“以暴力或者其他方法,包括用‘大字报’、‘小字报’,公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者剥夺政治权利。前款罪,告诉的才处理。但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。”从立法时间及表述来看,诽谤罪的条文诞生于文革后的社会生活场景,具有强烈的历史背景和现实基础。1997年修订后的《刑法》第246条规定将原诽谤罪中所使用的“大字报”“小字报”等表述删除,但条文的基本内容和规范结构未变。

基于网络谣言法律治理的需要,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《信息网络诽谤刑事案件解释》)第1条第2款规定“明知是捏造的损害他人名誉的事实,在信息网络上散布,情节恶劣的,以‘捏造事实诽谤他人’论。”该解释引发诽谤罪以“单一行为”还是“复数行为”构成的争论。<sup>②</sup> 从我国《刑法》条文表述来看,司法解释扩大了刑法的文义范围。但从《德国刑法典》来看,对外声称或单纯散布损害他人名誉的事实均可构成诽谤。<sup>③</sup> 根据《刑法修正案(九)》第16条,《刑法》第246条中增加一款作为第3款“通过信息网络实施第一款规定的行为,被害人向人民法院告诉,但提供证据确有困难的,人民法院可以要求公安机关提供协助。”这体现出刑法对网络诽谤罪被害人举证难的考虑。但诽谤罪依然保持了1979年《刑法》关于“捏造事实诽谤他人”的表述。

按照这一规定,诽谤罪须符合“双重明知”标准:第一,行为人明知所散布的言论损害他人名誉权;第二,行为人明知损害他人名誉的言论为不真实,且为行为人故意捏造。明知不实而散布有损他人名誉内容的,也构成诽谤罪。换句话说,损害他人名誉权事实非真实性的判断采取“捏造”或“明知捏造”的双重明知标准,既要求行为人对侵害名誉权的明知,也要求行为人对侵害他人名誉事实并非真实的明知。即使存在侵害他人名誉的主观故意及损害他人名誉言论的不实陈述,但对该等事实的不真实性非明知的,不构成诽谤罪。

### (二) 诽谤的民法规范史

《民法通则》第101条规定“公民、法人享有名誉权,公民的人格尊严受法律保护,禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”该条规定与《刑法》关于侮辱、诽谤的规定存在对应关系。按照《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民法通则意见》)第140条的规定,“捏造事实公然丑化他人人格,以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉,造成一定影响的,应当认定为侵害公民名誉权的行为。”该条司法解释与《刑法》诽谤罪的规定有部分

① 王泽鉴《人格权法》,法律出版社2013年版,第314页。

② 对于明知捏造属于文义解释还是扩大解释,存在不同观点。参见张明楷《网络诽谤争议问题探究》,载《中国法学》2015年第3期,第60—79页。

③ Schönke/Schröder/Eisele/Schittenhelm, 30. Aufl. 2019, StGB § 186 Rn. 8.

重合,可能考虑了与《刑法》的协调一致性。但是,《民法通则意见》第140条的表述区分了“捏造事实公然丑化他人人格”与“诽谤”亦值得关注。按照最高人民法院《关于审理名誉权若干问题的解答》《关于审理名誉权案件若干问题的解释》,有损他人名誉权的言论内容失实、具有主观过失等为名誉权侵权的一般构成要件,并未要求行为人具有主观故意。换言之,既未要求行为人对事实非真实性的明知,也未明确规定行为人对事实非真实性已尽合理注意义务免责。对于名誉权侵权中由谁承担真实性的举证责任,以及在无法明确事实是否为真的情形如何确定民事责任,也存在不明确之处。无论如何,无法得出只有在行为人对损害他人名誉事实的非真实性为明知的情形,才承担名誉权侵权责任的结论。对于公众人物,也不存在类似规定。从司法实践来看,名誉权侵权较多地发生在媒体报道情形,且基本是以行为人对真实性负有审慎的注意义务为主流裁判观点。例如,在李林诉《新生界》杂志社、何建明侵害名誉权纠纷案中,法院认为行为人未尽审查义务而应承侵权责任。<sup>④</sup> 在上海国际电影节办公室与《华商报》社名誉权纠纷案中,法院认为被告不能证明其对有关当事人进行了必要的调查核实,被告抢先发表严重失实的新闻报道,主观上明显存在过错。<sup>⑤</sup> 在张艺谋与华夏出版社、黄晓阳名誉侵权案中,法院认为对于未经核实的报道应注明来源,否则承担侵权责任。<sup>⑥</sup> 在邵某与金陵晚报社、南京日报报业集团名誉权纠纷案中,法院认为“非结论性报道”不构成侵权“报道罗列了各种关于上诉人背景及财产状况的传言,就上诉人邵某财产来源的情况未作肯定性、结论性的评论。”<sup>⑦</sup> 在天士力制药集团股份有限公司诉李连达名誉权纠纷案中,法院认为行为人未作调查的言论不实的构成侵权。<sup>⑧</sup>

《民法典》以专章规定了名誉权。最高人民法院废止了《关于审理名誉权若干问题的解答》《关于审理名誉权案件若干问题的解释》。名誉权的外在规则发生了很大变动。从内容上看,《民法典》基本延续了《民法通则》的相关规定。《民法典》第1024条对应《民法通则》第101条,《民法典》第1025条对应《民法通则意见》第140条。《民法典》第1025条还明确规定了在新闻报道、舆论监督等涉及公共利益情形,以“捏造、歪曲事实”“未尽到合理核实义务”等作为不保护名誉权的“除外”规则。虽然《民法典》第1024条在“侮辱、诽谤”之后有“等”字,但第1024—1027条并没有过失侵害名誉权的直接规定,这不宜理解为《民法典》对名誉权的保护限于故意情形。根据《民法典》第1164、1165条,过失侵害名誉权的仍应承担损害赔偿责任。基于名誉权的绝对性,名誉权保护的排除妨害请求权不以过错为要件。从体系而言,《民法典》第1024条以下的条文应是确认侮辱、诽谤等故意侵害名誉权的特别规则。

从名誉权保护实证规定及其规范史来看,我国诽谤事实真实性判断的刑民差异具有历史性,并非立法者的刻意。相反,是我国刑事立法与民事立法割裂的产物。这种割裂有历史原因。我国并不存在刑事立法与民事立法的协调机制,民事立法与刑事立法基本上是互不顾及的彼此发展。随着社会生活的改变,民法在名誉权保护上采取更为积极的司法及立法政策。从成文的规则来看,我国民事诽谤存在从捏造事实到注意义务违反的规则转变,刑民诽谤事实真实性标准一致性的打破,乃由民法学、司法解释以及《民法典》编纂所完成,这引发刑民关系调整必要性的问题。

## 二、比较法上名誉权保护的刑民统一性

诽谤的事实构成及刑民关系是各国法律均关涉的问题,有必要从比较法的角度对比思考我国相

④ 参见《李林诉〈新生界〉杂志社、何建明侵害名誉权纠纷案》,载《最高人民法院公报》1998年第1期。

⑤ 参见上海市第二中级人民法院(2001)沪二中知初字第173号民事判决书。

⑥ 参见北京市高级人民法院(2010)高民终字第411号民事判决书。

⑦ 参见上海二中院(2011)沪二中民一(民)终字第1664号民事判决书。

⑧ 参见最高人民法院(2014)民申字第2178号民事裁定书。

关规则的合理性。换言之,各国如何处理诽谤法律调整的刑民关系问题?是否必须以捏造事实为诽谤的构成要件?损害他人事实非真实性的刑民差异在比较法上是否有参考例?

### (一) 英国

#### 1. 真实性抗辩及诽谤除罪化

诽谤在英国法上具有悠久的历史,管辖刑事诽谤的星室法院(Court of Star Chamber)取消后,民事诽谤及刑事诽谤均归属普通法管辖范围。<sup>⑨</sup>在民事诽谤案件中,事实真实性长久以来都是抗辩事由。与此相反,真实性最初并不是刑事诽谤的抗辩事由,直到《1843年诽谤法案》引入真实性抗辩。<sup>⑩</sup>按照该法案,如有损他人名誉的事实为真实,且公开(published)关系到公共利益,则被告可豁免刑事责任。<sup>⑪</sup>不过,刑事诽谤的入罪门槛很高,不仅在程序上要求事先的批准(prior judicial approval),而且在实体上要求严重到损害公共利益的程度。刑事诽谤基本上处于不适用的状态。<sup>⑫</sup>据英国法律委员会统计,长久以来刑事诽谤案件的成诉率很低。<sup>⑬</sup>英国《2009年验尸官与司法法案》(Coroners and Justice Act 2009)废除了普通法上有关诽谤的三个罪名:煽动和煽动诽谤罪(the offences of sedition and seditious libel)、侮辱性诽谤(the offence of defamatory libel)、淫秽诽谤(the offence of obscene libel)。而诽谤神明罪(blasphemous libel)之前即已废除。可以说,英国已基本实现诽谤的除罪化。当然,英国的普通法传统及诽谤相关立法悠久,且英国刑法法典化遭遇波折,<sup>⑭</sup>不排除仍有与诽谤相关的其他罪名存在。

#### 2. 真实性抗辩与基于公共利益之发布

在诽谤侵权诉讼中原告无需证明诽谤事实为不真实,损害他人名誉事实的不真实由法律推定,被告得以证明其所述事实为真实而免责。<sup>⑮</sup>真实性抗辩具有严格性,仅客观真实可作为抗辩。被告尽到合理注意义务不是免责理由。英国普通法认为,被告的事实性错误以及以错误的事实为基础的意见表达,即使出于善意也得不到保护;对于媒体侵权,即使在调查和报道中履行了合理的注意义务,也不得主张抗辩。<sup>⑯</sup>同时,由于在英国是由陪审团决定民事诽谤的事实和赔偿数额,因此名誉权侵权的胜诉率和赔偿数额均维持较高的水平。<sup>⑰</sup>在英国,原告的名誉权保护相对于被告的言论自由,处于绝对的优势地位,这导致欧盟很多诽谤诉讼的原告乐于到英国诉讼。<sup>⑱</sup>

在英国诽谤法的发展历程中,雷诺兹案是一个标志性案件。雷诺兹案确立了媒体特权抗辩的规则,主要包括媒体报道的内容涉及公共利益,媒体报道是否尽到合理的注意义务等。<sup>⑲</sup>其后,英国以诽谤法案的形式不断完善雷诺兹抗辩(Reynolds defense)。2013年英国完成新一轮诽谤法改革,《2013年诽谤法案》(Defamation Act 2013)废除了雷诺兹抗辩,并通过基于公共利益的发表规则拓宽了媒体的言论自由空间。根据该法案第1条,只有诽谤导致严重损害或有严重损害之虞才可能构成

⑨ Joel D. Eaton, *American Law of Defamation Through Gertz V. Robert Welch, Inc. and Beyond: An Analytical Primer*, 61 *Virginia Law Review*, 1349, 1350 (1975).

⑩ See Marc A. Franklin, *The Origins and Constitutionality of Limitations on Truth as A Defense in Tort Law*, 16 *Stanford Law Review*, 789 (1963—1964); Clive Walker, *Reforming the Crime of Libel*, 50 *New York Law School Law Review*, 169, 175—176 (2005—2006).

⑪ 前引⑩Clive Walker文。

⑫ See Douglas W. Vick, Linda Macpherson, *Anglicizing Defamation Law in The European Union*, 36 *Virginia Journal of International Law*, 933 (1996).

⑬ 前引⑩Clive Walker文,第177页。

⑭ 何荣功《英国刑法的法典化改革之路述评》,载《中国审判》2013年第1期,第71—73页。

⑮ 朱文雁《论英国对诽谤的法律规制》,山东大学2012年博士学位论文,第84页。

⑯ 参见前引⑫。

⑰ 参见前引⑫。

⑱ 蔡浩明《英国诽谤法改革对我国的启示》,载《当代传播》2014年第3期,第66页。

⑲ 魏永征、白净《从沙利文原则到雷诺兹特权——对借鉴外国诽谤法的思考》,载《新闻记者》2007年第8期,第44—45页。

民事诽谤。特别是该法案更加完善了英国诽谤法的抗辩规则,行为人得以“真实”“诚实意见”“基于公共利益的负责任发布”<sup>②①</sup>“科学或学术期刊上的同行评价”“基于特权豁免的报道”等免除侵权责任。英国《2013年诽谤法案》区分事实陈述、意见表达与基于公共利益的发布。所谓基于公共利益的发布,即要求发表是出于公共利益,并且行为合理相信发表是出于公共利益。在诽谤事实真实性问题上,与尽到合理注意义务有所不同,只要是基于公共利益的发表即具有正当性,不问事实陈述还是意见表达。这是英国法的一个新的显著特色。英国的诽谤法改革有利于媒体公共言论空间的拓展,有纠正之前过于注重名誉权保护的倾向。

总体而言,英国民事诽谤侵权以事实真实性为客观抗辩,尽到合理注意义务曾是抗辩事由。但《2013年诽谤法案》通过基于公共利益的发布豁免取代了雷诺兹案的合理注意义务规则,公共言论的自由空间得到拓展。由于英国民事诽谤与普通法上的刑事诽谤罪彼此区分,刑民差异长期成为问题,但诽谤除罪化化解了刑民冲突。

## (二) 美国

### 1. 公众人物的真实恶意标准

美国对诽谤的法律规制继受英国普通法,属于州法普通法范畴。美国联邦最高法院介入诽谤规制后,诽谤法宪法化,并转向注重公共领域言论自由保护的方向。<sup>②②</sup>美国宪法第一修正案对此有重要影响。纽约时报诉沙利文案是美国诽谤法变革的标志性判例,其所确立的真实恶意(actual malice)规则,首先区分被告的身份是否为政府官员。对于政府官员,并且事实涉及公共利益(public concern),不得就诽谤性陈述主张赔偿,除非证明行为人明知其不实(falsity)或轻率地不顾其是否真实。<sup>②③</sup>尤其是原告对被告的真实恶意承担证明责任,并且对于真实恶意必须达到确定无疑(convincing clarity)的程度。纽约时报案的真实恶意规则确定后,最高法院又对未尽到合理注意义务与重大过失的区分予以澄清,未尽到合理注意义务不属于真实恶意,不构成诽谤。<sup>②④</sup>

对于在官员和公众人物之外的普通民众针对媒体的名誉权诉讼,是否受真实恶意规则的约束,各州的裁判观点存在一定的摇摆。曾一度发生真实恶意规则扩大适用于非自愿公众人物甚至普通公民的趋势,<sup>②⑤</sup>但被美国联邦最高法院所纠正。在格茨诉韦尔奇公司案(Gertz v. Robert Welch, Inc.)中,司法裁判逐步发展出有限制的公众人物的概念,限制真实恶意规则的适用。<sup>②⑥</sup>在该案中,美国联邦最高法院援引并比较本案与纽约时报案后认为,报纸或广播针对非官员、非公众人物发表错误性的诽谤言论,不能主张宪法上的责任豁免特权,即使错误的内容是有关公共利益言论的组成部分。<sup>②⑦</sup>换句话说,即使事实涉及公共利益,原告也只需证明行为人对真实性存在过失,<sup>②⑧</sup>而不必证明行为人存在真实恶意。即使是公众人物或官员,也并不是一定适用真实恶意规则,而是要看引发诽谤诉讼的事实。<sup>②⑨</sup>据此,非公众人物诽谤赔偿诉讼适用过错责任,而非真实恶意。<sup>②⑩</sup>但如受害人主张惩罚性赔偿或推定赔偿(presumed damage),则必须证明行为人存在真实恶意的证明责任。此外,受害人均需证

②① 姜占军《中、英名誉权侵权特殊抗辩事由评价、比较与中国法的完善》,载《比较法研究》2015年第3期,第99页。

②② 前引⑨,第1367页。

②③ 前引①,第322页。

②④ 前引⑨,第1367页。

②⑤ Rosenbloom v. Metromedia, Inc., 403 U. S. 29 (1971).

②⑥ Timothy Boman, *Defamation, Social Media, and The Limited Purpose Public Figure Doctrine*, 61 South Texas Law Review, 233, 240 (2021).

②⑦ Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U. S. 323, 94 S. Ct. 2997(1974).

②⑧ David A. Anderson, *Is Libel Law Worth Reforming?* 140 University of Pennsylvania Law Review, 487, 501—504(1991).

②⑨ Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U. S. 323, 94 S. Ct. 2997(1974).

②⑩ Patrick J. McNulty, *Gertz Fault Standard and The Common Law of Defamation – An Argument for Predictability of Result and Certainty of Expectation*, 35 Drake Law Review, 51(1985—1986).

明实际损失。

在 *Garrison v. Louisiana* 案中,美国联邦最高法院将纽约时报诉沙利文损害赔偿案的真实恶意标准延伸到刑事诽谤罪。在该案中,美国联邦最高法院认为,就针对官员的批评而言,刑事诽谤法规所保护利益与民事诽谤并没有不同,无论涉及刑事还是民事,均应同样遵循相关的宪法标准。<sup>⑩</sup> 也就是说,由原告承担加害人诽谤的真实恶意的证明责任。在此,刑民的真实性抗辩主观标准具有同一性。可以想见,在非公众人物诽谤刑民诉讼中,未尽到合理核实义务应是原告的证明责任。

## 2. 真实恶意标准适用范围的争议

基于《美国第三次侵权法重述》,有美国学者认为在宪法言论自由保护的的名义之下,区分公众人物与非公众人物或者媒体与非媒体是不必要的,即使私人之间的诽谤诉讼,原告也应承担真实恶意的举证责任。这将导致言论自由保护相对于名誉权保护的绝对优势。也有学者对美国名誉权诉讼中过度的言论自由保护提出异议,认为这不利于“权利与权利平等”(right - versus - right) 原则下的名誉权保护,而名誉权保护不足也不利于减少名誉权自力救济与维护社会和平功能的实现。<sup>⑪</sup> 如上所述,纽约时报诉沙利文案确立真实恶意规则后,美国最高法院的司法裁判倾向于对真实恶意标准采取限缩的态度。<sup>⑫</sup> 可见,美国社会也在寻求言论自由与个人名誉权之间的平衡点。正如美国人所言,宪法没有写明保护个人名誉权,不意味着在言论自由与名誉权保护之间存在位阶之分,言论自由与个人名誉权并非对抗而毋宁是共生关系。<sup>⑬</sup>

无论如何,美国社会和司法实践对言论自由赋予了很高的价值,社会公众人物的名誉权侵害救济让位于言论自由的保护,在涉及公众人物的名誉侵权中,受害人需证明行为人存在真实恶意。并且,这在民事侵权诉讼和刑事诽谤诉讼中具有共同性,民事诽谤和刑事诽谤均适用相同判断标准,在价值判断上也保持一致性。这与美国诽谤法律调整的“宪法化”有关。

### (三) 德国

德国在诽谤法律调整的刑民关系上也是协调的。这主要通过其教义学传统、法典的具体规定,可能还包括宪法诉讼机制得以实现。

#### 1. 诽谤罪与合理注意义务

《德国刑法典》第 186—189 条为关于诽谤的规定。德国刑法按照行为人对事实非真实性的不同主观状态进行了不同的规制,采取了二元化的规制模式。其第 186 条规定“针对他人声称或散布的事实(Tatsache),该事实对该他人不敬或导致其社会评价降低,如该事实为不真实(erweislich wahr),处以 1 年以下自由刑或处罚金;如行为公开或通过书面方式,处以最高 2 年的自由刑或罚金。”第 187 条规定“针对他人声称或散布明知为不实的事实,该事实对该他人不敬或导致其社会评价降低,处 2 年以下自由刑或罚金。如该行为公开、在集会上或书面方式传播的,处以 5 年以下自由刑或处罚金。”第 186 条与第 187 条的不同在于:对行为人所述事实确为不实并且行为人明知不实的诽谤,<sup>⑭</sup> 给予更为严厉的刑事制裁。第 187 条的构成要件与美国法的真实恶意及我国《刑法》诽谤罪的规定类似。但如果第 187 条无法满足,则仍可适用第 186 条。与美国法不同,该法第 188 条甚至对于政治人物的名誉权给予特殊的保护。

在德国,损害他人名誉言论的非真实性的体系位置存在争议。<sup>⑮</sup> 主流观点认为,《德国刑法典》第

<sup>⑩</sup> *Garrison v. Louisiana*, 379 U. S. 64 (1964), 85 S. Ct. 209(1964).

<sup>⑪</sup> Cristina Carmody Tilley, *Rescuing Dignitary Torts from the Constitution*, 78 Brooklyn Law Review, 65, 121 (2012).

<sup>⑫</sup> 贺文发、张丽娜、刘宇《美国新闻司法中的“诽谤诉讼”发展历程》,载《中国广播电视学刊》2014 年第 7 期,第 79 页。

<sup>⑬</sup> Ronald H. Surkin, *Status of the Private Figure's Right to Protect His Reputation under the United States Constitution*, 90 Dickinson Law Review, 667, 669 (1985—1986).

<sup>⑭</sup> MüKoStGB/Regge/Pegel, 4. Aufl. 2021, StGB § 187 Rn. 2.

<sup>⑮</sup> Regge/Pegel, Münchener Kommentar zum StGB 2. Auflage 2012, StGB § 186, Rn. 25.

186条并不要求损害他人名誉事实的非真实性作为诽谤罪的构成要件(Tatbestandmerkmal)。<sup>③⑥</sup>诽谤的主观故意也无需延及事实的非真实性。应区分事实真实性与诽谤的主观状态。诽谤罪以侵害他人名誉的故意为主观要件,不包含对损害他人名誉言论真实性与否的判断。对此,给他人名誉造成损害的动机也是不需要的。<sup>③⑦</sup>虽然法院有对事实真实性的查证义务,但还是由原告承担最终的不利后果。<sup>③⑧</sup>也有德国学者(Binding, Beling)认为,损害他人名誉言论的非真实性属于诽谤的构成要件。<sup>③⑨</sup>

无论如何,损害他人名誉事实的非真实性问题还涉及行为人的主观状态,不单纯是客观判断问题。目前,获得越来越多赞同的是Fischer提出的“故意—过失关联说”(Vorsatz – Fahrlässigkeits – Kombination),<sup>④⑩</sup>即对于侵害他人名誉存在主观故意,而对于事实的非真实性至少存在疏忽。据此,行为人至少应对事实真实性承担注意义务。<sup>④⑪</sup>这意味着在构成要件符合阶段,需关注事实真实性及注意义务违反的问题。<sup>④⑫</sup>无论如何,《德国刑法典》第186条不要求行为人明知诽谤事实的非真实性。即使在诉讼中无法确定该事实是否为真,只要能够确定行为人的言论系经过审慎的调查确信为真,即可不承担第186条所规定的诽谤的刑事责任。<sup>④⑬</sup>德国联邦宪法法院认为,如果完全由行为人承担真实性的证明责任,意味着媒体在完全确保真实性之前,因面临诽谤的刑事制裁风险而不敢作出报道。<sup>④⑭</sup>而这种局面过度限制了媒体的言论自由。在德国刑法上,采取由原告举证相对真实性标准,行为人尽到合理注意义务不承担诽谤罪的刑事责任,言论自由与名誉权具有同等的价值,不存在优先保护言论自由的价值取向。另外,最新的《德国刑法典》增加了第193a条,对群体侮辱与诽谤问题作出规定,在某些方面加强了对名誉权的刑法保护。

## 2. 名誉侵权与合理注意义务

《德国刑法典》关于诽谤罪的规定,通过《德国民法典》第823条第2款对名誉侵权发生作用。刑法的真实性标准对民法有意义。至少在《德国民法典》第823条第2款所规制的违反禁止性规范导致法益损害的侵权行为,损害他人名誉言论的非真实性判断适用刑法的规则。特别是,在《德国民法典》未将名誉作为第823条第1款所规定的权利时,刑法的名誉保护规则甚至具有关键性的意义。也就是说,通过关于“违反以保护他人人为目的的法律”的援引,刑法的合理注意标准延伸到民法的名誉损害赔偿之债。

《德国民法典》将名誉保护排除在第823条第1款的权利保护之外的做法,因联邦最高法院裁判所创设的一般人格权而发生改变。目前,德国民法对名誉的保护除通过《德国民法典》第823条第2款,也通过第823条第1款一般人格权实现。在司法实践中,德国法院也往往同时援引保护性规范与权利规范。然而,在通过一般人格权制度保护名誉的情形,德国刑法与民法对诽谤事实非真实性的判断标准也是一致的,即只要行为人尽到合理的注意义务相信损害他人名誉事实的真实性,即不承担刑事责任及民事责任,同时援引并不会发生体系矛盾。

对于举证责任,如德国学者所言,应由原告承担事实非真实性以及被告未尽到合理注意义务的举证责任,但这对于无法获取媒体报道所依据的相关信源的原告而言几乎是无法逾越的困难。<sup>④⑮</sup>举证

<sup>③⑥</sup> Rainer Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4. Auflage 2013, StGB § 186, Rn 15.

<sup>③⑦</sup> Regge/Pegel, Münchener Kommentar zum StGB 2. Auflage 2012, StGB § 186, Rn 32.

<sup>③⑧</sup> NK – StGB/Rainer Zaczyk, 5. Aufl. 2017, StGB § 186 Rn. 23–25.

<sup>③⑨</sup> NK – StGB/Rainer Zaczyk, 5. Aufl. 2017, StGB § 186 Rn. 16–18.

<sup>④⑩</sup> MüKoStGB/Regge/Pegel, 4. Aufl. 2021, StGB § 186 Rn. 31. NK – StGB/Rainer Zaczyk, 4. Aufl. 2013, StGB § 186 Rn. , Rn 19.

<sup>④⑪</sup> NK – StGB/Rainer Zaczyk, 5. Aufl. 2017, StGB § 186 Rn. 14–19.

<sup>④⑫</sup> NK – StGB/Rainer Zaczyk, 5. Aufl. 2017, StGB § 186 Rn. 21.

<sup>④⑬</sup> MüKoStGB/Regge/Pegel, 4. Aufl. 2021, StGB § 186 Rn. 30.

<sup>④⑭</sup> BverfGE 54, 208, 219f. Johannes Hager: Der Schutz der Ehre im Zivilrecht. AcP 196(1996) 184.

<sup>④⑮</sup> Alexander Bruns, Access to Media Sources in Defamation Litigation in The United States and Germany, 10 Duke Journal of Comparative & International Law, 283, 286(2000).

责任的分担对于名誉权诉讼中各方的利益平衡发生影响。虽然德国法不要求原告证明被告的真实恶意,但要求其证明被告对于诽谤事实的非真实性存在过失。在德国联邦最高法院审理的一起新闻媒体报道化工厂污染的案件中,原告化工厂提起主张该媒体停止侵权的民事诉讼。<sup>④⑥</sup> 联邦最高法院认为,无论按照《德国民法典》第 823 条第 1 款、第 824 条以及第 1004 条,还是按照第 823 条第 2 款以及《德国刑法典》第 186 条,原告停止侵害的请求均不能得到支持。联邦最高法院以媒体尽到合理注意义务,驳回了原告化工厂的停止侵权请求。从该案的判决中可以看出,在德国联邦最高法院的司法裁判中,只要行为人自证对于有损他人名誉的事实真实性已尽到合理的注意义务,即可免于民事以及刑事诽谤责任。

### 三、损害他人名誉事实的非真实性与“诽谤”之构成

诽谤的法律调整需要确定其在法律上的构成要件,对于何者为诽谤的事实认定,应属于诽谤法律调整的前提。在罗马法上,私犯和准私犯已显示出侵权构成要素的有限性。在我国,犯罪构成存在三阶层和四要件的学术争议。<sup>④⑦</sup> 但无论何者,都是围绕有限的事实构成要素展开的。为缓和构成要件理论的僵化,德国也有学者提出动态体系和可变体系理论,并在我国《民法典》中成文化。<sup>④⑧</sup> 无论如何,侵权或犯罪的事实构成要素不是无限的。

诽谤的构成要件包括侵害名誉权的行为及侵害名誉权的故意、因果关系、名誉权受损的事实等。在有限的构成要素中,有些是不变的,有些是可变的,如受害人是否为公众人物、对损害他人名誉权事实的主观状态等。诽谤事实构成中,是否以损害他人名誉事实非真实性为要件,以及非真实性主观状态的定位具有重要性,几乎所有的可变要素都围绕主观状态展开。探讨诽谤法律调整的刑民协调性,不能忽视损害他人名誉事实非真实性的体系定位。

#### (一) 刑民违法性问题

对于民事诽谤与刑事诽谤在事实真实性判断标准上的差异,最直接的解释是刑法与民法为不同的法律部门。也就是说,不同的法律部门对同一生活现象的判断可以是不同的。但这个解释的说服力取决于对刑民关系的进一步追问。然而,恰恰在这个问题上存在争议的漩涡,刑法相对于民法为补充性抑或独立性存在争议,刑民关系涉及刑法社会功能的定位等基本理论问题。

对此应注意区分不法性与违法性。不法性强调的是构成要件符合性,即行为符合法律规定的犯罪构成或侵权行为要件。在违法性上存在行为违法与结果违法的讨论,并以结果违法为主流学说。<sup>④⑨</sup> 在我国刑法学界,还存在违法一元论与违法相对论的争议。从违法一元论出发,刑法与民法在违法性判断上应具有有一致性。据此,诽谤违法性应发生刑民判断的一致性,即排除违法性事由在整个法秩序是协调统一的。<sup>⑤⑩</sup> 按照违法相对论的观点,刑事违法性的判断是相对独立的。换言之,在民法上违法的行为在刑法上不必然违法,在刑法上违法的行为在民法上也不必然违法。违法相对论为我国学界主流观点。<sup>⑤⑪</sup> 违法相对论与我国刑民并行的司法裁判观点是一致的。也有学者认为,违法相对性与法秩序统一原则的矛盾不可调和。<sup>⑤⑫</sup> 违法一元性应属于德国刑法的主流观点,主要是指在排除犯罪

<sup>④⑥</sup> BGH: Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs trotz “pressemäßiger” Sorgfalt, NJW 1987, 2225.

<sup>④⑦</sup> 参见陈兴良《犯罪构成论:从四要件到三阶层一个学术史的考察》,载《中外法学》2010 年第 1 期;杨兴培《“三阶层”犯罪结构模式的中国语境批判》,载《东方法学》2021 年第 2 期。

<sup>④⑧</sup> 参见王利明《民法典人格权编中动态系统论的采纳与运用》,载《法学家》2020 年第 4 期。

<sup>④⑨</sup> Jauernig/Teichmann, 18. Aufl. 2021, BGB § 823 Rn. 47—56.

<sup>⑤⑩</sup> [德]韦塞尔斯《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社 2008 年版,第 155—156 页。

<sup>⑤⑪</sup> 参见郑泽善《法秩序的统一性与违法的相对性》,载《甘肃政法学院学报》2011 年第 4 期;王昭武《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》,载《中外法学》2015 年第 4 期;陈少青《法秩序统一性与违法相对性》,载《法学家》2016 年第 3 期;周光权《论刑法所固有的违法性》,载《政法论坛》2021 年第 5 期。

<sup>⑤⑫</sup> 参见田宏杰《刑民交叉问题的实体法立场与分析方法》,载《政治与法律》2021 年第 12 期。

行为意义上的正当事由。例如,民法中的紧急避险也构成刑法上的违法性排除。在此意义上,违法性是一元的,整个法秩序也应当是统一的。

损害他人名誉事实的非真实性涉及刑法与民法对于诽谤构成的定位。在违法性要件下,存在法秩序统一性的问题。在违法一元论下,还涉及法技术层面损害他人名誉事实非真实性作为违法性排除事由的问题。

## (二) 作为构成要件的损害他人名誉事实非真实性

### 1. 刑法: 构成要件符合性

在四要件说下,诽谤事实的非真实性的定位,因与是否将其作为诽谤的构成要件而有所不同。在三阶层说下,则与损害他人名誉言论的非真实性属于构成要件符合性的内容,还是属于违法性判断或者有责性内容而有所不同。在诽谤罪中,侵害名誉权的故意属于主观构成要件。但德国法上的传统观点认为,有损他人名誉事实的非真实性并非诽谤罪的构成要件。<sup>53</sup> 故此,无需在构成要件符合性阶段审查损害他人名誉言论真实性问题,而只审查是否存在恶意侵害他人名誉的事实。然而,按照德国刑法在诽谤罪构成上的故意—过失关联说,则应在构成要件符合性阶段审查被告是否对损害他人名誉事实的非真实性尽到注意义务,即涉及主观要件的问题。<sup>54</sup> 被告是否尽到合理注意义务,也由原告负担举证责任。也就是说,在德国的三阶层理论下,损害他人名誉事实非真实性及其主观状态,可以作为构成要件符合性而予以定位。在构成要件符合性阶段,行为人尽到合理注意义务的即不满足诽谤罪的构成要件,行为不具有不法性。从我国《刑法》所使用的“捏造事实诽谤他人”的表述来看,捏造以及明知捏造为诽谤罪的构成要件。也就是说,如果不发生损害他人名誉的事实非真实性,则不发生刑事诽谤。在四要件说下,诽谤事实的非真实性需作为犯罪构成予以审查。在三阶层说下,也因在我国刑法上诽谤事实的非真实性属于构成要件而属于第一阶层“构成要件符合性”的审查范围。而且,作为刑事诽谤犯罪构成要件,捏造、明知捏造均需由原告举证。因此,在三阶层和四要件下,损害他人名誉事实的非真实性及其主观状态,均属于构成要件符合性的判断。

### 2. 民法: 主观构成要件

在《民法典》第1024条规定不得以侮辱、诽谤侵害他人名誉权后,第1025条列举了捏造、歪曲事实,以及未尽到合理核实义务等侵害名誉权的情形。据此,民事诽谤需符合侵害他人名誉的故意,加上损害他人名誉事实非真实性的过失。在四要件学说下,损害他人名誉事实非真实性的主观状态,可作为侵权行为的主观构成要件。在德国法,民事侵权损害赔偿长期以来实行的是三阶层学说。<sup>55</sup> 在当代,区分违法与过错的传统学说遭到扬弃。<sup>56</sup> 王泽鉴先生也认为,侵权损害赔偿的违法性与故意、过失虽在概念上严加区分,在实务上常不加区分。<sup>57</sup> 虽存在争议,但主要观点认为,我国原《侵权责任法》未采取违法与过错区分的理论,而是以注意义务违反统合违法性与过错。<sup>58</sup> 《民法典》第1165条延续了原《侵权责任法》的模式,即采纳过错、权益侵害行为、因果关系三要件。<sup>59</sup> 据此,未尽到合理核实义务应属于主观过错要件,与传统四要件学说下的主观构成要件具有一致性。也就是说,有损他人名誉事实非真实性属于主观构成要件。从主观构成要件来看,我国刑法与民法对诽谤构成的认定存在差异。在规则层面,这一对诽谤基本概念认识的差异需在法秩序统一原则下审视。

<sup>53</sup> NK - StGB/Rainer Zaczyk, 5. Aufl. 2017, StGB § 186 Rn. 15.

<sup>54</sup> MüKoStGB/Regge/Pegel, 4. Aufl. 2021, StGB § 186 Rn. 31.

<sup>55</sup> MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 1.

<sup>56</sup> MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 26—27.

<sup>57</sup> 前引①,第347页。

<sup>58</sup> 王利明《我国〈侵权责任法〉采纳了违法性要件吗?》,载《中外法学》2012年第1期,第13、16页。

<sup>59</sup> 前引⑤,第13页。

### (三) 作为正当事由的“合理核实义务”

在违法一元论及法秩序统一原则下,《民法典》第 1025 条还可存在不同理解,即行为人不存在故意捏造,或尽到合理核实义务的,免于承担侵权责任。但这首先涉及第 1024 条与第 1025 条的关系。

#### 1. 条文阐释

从条文表述来看,《民法典》第 1024 条一般性地规定了不得通过侮辱、诽谤的方式侵害他人名誉权。而第 1025 条本应是对第 1024 条的除外规定,即在为公共利益而实施新闻报道、舆论监督等情形弱化名誉权保护,以保护言论自由。换言之,该条应是对媒体侵权的豁免条款。从第 1025 条“不承担民事责任”的表述看,也是如此。然而,在此存在解释的必要。第 1024 条的“诽谤”,应以故意捏造的“故意+故意”为标准还是以合理核实义务的“故意+过失”为标准?对此,如对第 1024 条采纳双重故意的解释,则该条已经对言论自由给予了最大空间。而第 1025 条本应是为新闻报道、舆论监督提供更优的言论自由空间,但第 1025 条的合理核实义务相对于第 1024 条反而限缩了对言论自由的保护,即被害人证明媒体未尽到核实义务或媒体自证尽到合理核实义务。

为了避免解释上的矛盾,应当认为第 1024 条的诽谤包括对损害他人名誉事实非真实性未尽到合理注意义务的情形。也就是说,第 1025 条是第 1024 条的展开。第 1024 条中的“等”字,也应在与侮辱、诽谤同位阶的情形理解,即均为故意侵害名誉权的情形。那么,在第 1025 条所涉及的更需要保护言论自由的情形,未尽到合理核实义务即可构成侵害名誉权,在第 1024 条的一般情形下反而以更为严格的双重故意作为名誉权侵权的要件,并不存在合理性。在第 1024 条所规定的诽谤的一般构成认定上,应以侵害名誉权的故意加上对损害他人名誉事实非真实性的过失为要件。第 1025 条第 2 项、第 1026 条的意义主要在于将合理核实义务一般化、成文化。

#### 2. 体系定位

按照《民法典》第 1025、1026 条,行为人尽到合理核实义务,不承担侮辱、诽谤的侵权责任。如上所述,第 1025 条实际是对第 1024 条的展开,合理核实义务实际也不应限于舆论监督、新闻报道的情形。第 1024 条也包括对损害他人名誉事实未尽到合理核实义务的情形,这与比较法上对诽谤的基本定义是一致的。

《民法典》第 1025 条是以“否定之否定”表达这层含义的。从第 1025 条的整体来看,是关于舆论监督、新闻报道等情形行为人不承担侵权责任的规定。立法者的本意应是,该条作为行为人免除名誉侵权的“正当事由”。特别是从维护新闻媒体和舆论监督的正当利益出发,也应当认可合理核实义务作为媒体免责的正当事由。在此,《德国刑法典》第 193 条可以作为对比。我国《民法典》第 1025 条仅从举证责任分配角度对媒体等作出有利的规定。换言之,在第 1025 条的情形,应由受害人对行为人存在未尽到合理核实义务等除外规定承担举证责任。除此之外,《民法典》第 1025 条并没有给媒体提供更慷慨的言论自由空间。如果立法者意图在新闻报道、舆论监督的情形给予行为人更大的言论自由空间,应在第 1025 条专门规定仅在行为人对损害他人名誉事实非真实性存在故意、重大过失的,才成立侵权责任。当然,第 1025 条还涉及举证责任分配与法官合理查证义务的关系。在第 1026 条规定的动态系统理论下,还涉及法官自由裁量权的问题。从违法性排除角度,第 1025 条规定的不承担侵权责任的事由对于刑法也有意义。<sup>⑥</sup> 换言之,基于民法的规定一项行为例外地被允许并因此是合法的,则在刑法上也不应被评价为非法。<sup>⑦</sup> 这是法秩序统一所要求的。基于此,行为人得以尽到《民法典》第 1025、1026 条规定的合理核实义务,免除刑事诽谤责任的承担。甚至刑事法官需主动适用《民法典》第 1026 条的规定,即考虑内容来源的可信度、对明显可能引发争议的内容是否进行了必

⑥ 前引⑤,第 155 页。

⑦ 前引⑤,第 156 页。

要的调查、受害人名誉受贬损的可能性、核实能力和核实成本等动态因素。然而,《刑法》诽谤罪严格的入刑标准,导致《民法典》第1025条的实际意义是有限的。

综上,在诽谤的法律调整上,我国的刑民关系缺乏整体上的统合性、协调性。无论从构成要件符合性还是从违法性排除角度,都难以建构出合理的逻辑关系。这种法律调整格局上的“断裂”与法秩序统一相悖,也存在价值判断上的问题。

#### 四、损害名誉权事实非真实性与刑民价值判断

##### (一) 名誉权保护与言论自由关系的宪法价值秩序

法秩序统一,即对同一社会事实或生活现象法律评价的一致性或无矛盾性。违法一元论的逻辑基础即在于法秩序的统一。对于诽谤的构成要件认定,我国却存在刑民不一致。而在违法相对性下,这也涉及合宪解释以及宪法价值秩序统一的问题。也就是说,刑法与民法作为宪法秩序下的部门法,应具有内在的价值秩序的统一性。当然,民法规范及教义学理论是从罗马法发展而来的。但在法典化思维下,刑法与民法均已实在法化和体系化。在当今的宪法秩序下,无法否认刑法与民法在价值判断问题上应具有的一致性。

所谓价值判断上的一致性,即刑法与民法对于基本的价值判断或价值位阶关系应有一致性的判断。也就是说,在法律所规制的社会生活现象中所体现的价值冲突和价值关系也应当具有法律评价的无矛盾性。在诽谤规制问题上,如刑法侧重名誉权的保护,而民法侧重言论自由的保护,则存在价值判断上的矛盾性。如民法对于言论自由与个人人格尊严给予同等的尊重,而刑法偏重于言论自由的保护,则同样存在刑民价值判断上不一致。在人格尊严与言论自由的关系上,刑法和民法应当以宪法的价值判断为据。对于诽谤事实真实性,王泽鉴教授即认为,“刑法”诽谤罪所创设的合理查证基准,对“民法”侵权行为亦应适用,始能维护法秩序的无矛盾性。<sup>②</sup>但需注意的是,他所提及的是刑法的标准对于民法的意义。但在美国,恰恰是民事诽谤赔偿诉讼的真实恶意标准扩张适用于刑事诽谤。

诽谤事实真实性问题上的明知捏造与合理注意标准涉及法律对恶意言论的保护。<sup>③</sup>如果法律对恶意言论也给予一定的保护,则宜采取真实恶意标准;而如果法律对言论的保护限于非恶意言论,则应采取合理注意标准。显然,我国刑法所规定的捏造及明知捏造标准,只对故意捏造的情形作为诽谤罪进行规制。刑法偏向于言论自由保护,民法则在言论自由与名誉权之间寻求平衡。我国刑法与民法对于言论自由与人格权的保护存在“价值冲突”,在实际效果上体现为恶意言论在刑民上保护标准的不同。

我国《宪法》第35条是关于公民言论自由的规定,第38条是关于人格尊严的规定。其中第38条第2句明确规定,禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。我国不存在言论自由优先的规则,也不存在优先保护言论自由的宪法解释,宪法对言论自由与名誉权给予同等的保护。从历史解释来看,我国《宪法》修改将包括“大鸣、大放、大字报”在内的相关言论条款删除,对“文革”期间无序的言论状态予以回调,也体现了对个人人格尊严保护的重视。

就平衡言论自由与名誉权保护的关系而言,我国刑法的明知捏造标准对于受害人过于严苛。有人可能会举出美国的真实恶意规则作出反驳。不过,虽然美国有学者主张进一步加强诽谤罪中言论自由的保护,甚至主张诽谤的除罪化,但美国的刑法理论与我国不同。特别是,美国的民事惩罚性赔偿制度对刑法的补充作用不可忽视。同时,美国法的真实恶意标准只在公众人物适用,并不是普遍标

<sup>②</sup> 前引①。

<sup>③</sup> See Winfried Brügger, *Ban on or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law*, 17 *Tulane European and Civil Law Forum* 1 (2002).

准。在非公众人物的情形,仍然适用过失而非故意的标准。更何况,美国的真实恶意标准在比较法上是少数派,德国、法国、日本等并没有采纳真实恶意标准。而我国刑法的诽谤罪的主观标准比崇尚言论自由的美国更加宽松。

## (二) 刑法谦抑主义及刑民差异的合理化问题

### 1. 刑法谦抑与刑民规制差异性

在遵守基本价值秩序的前提下,刑法与民法仍可以存在规制差异,这里涉及刑法谦抑性问题。谦抑说源自日本刑法理论。<sup>④</sup>所谓刑法的谦抑主义可归结为入刑的慎重性以及刑罚发动的慎重性,即对社会生活的调节立场的克制性,以及发动刑事制裁程序的严格性。<sup>⑤</sup>谦抑主义对于抑制重刑主义和刑法的过度介入有积极意义。按照谦抑主义的逻辑,刑法与民法固然可以秉持相同的价值判断标准,但刑法的入刑标准可以更为严格。我国有学者即认为,刑法与侵权法的调整范围可以根据客观需要此消彼长。<sup>⑥</sup>具体到诽谤罪的问题上,谦抑主义的概念允许刑法与民法对于名誉侵权的保护有所差异,刑法的介入可以更克制和保守,将未尽到合理注意义务的侵害他人名誉权的情形让诸民法调整。就此而言,谦抑主义至少可以为刑民差异提供一个理由。

在此,《德国刑法典》第 186、187 条可以作为对比。《德国刑法典》第 186 条规定的是行为人对诽谤事实的非真实性未尽到合理注意的情形,而第 187 条将明知损害他人名誉言论的不真实性情形单独入罪并加重刑罚。<sup>⑦</sup>也就是说,在对损害他人名誉事实非真实性的问题上,区分故意和过失而适用不同的罪刑。这体现出德国刑法对“故意捏造”的差异性规制,明知其声称或散布的言论为虚假而故意毁损他人名誉的,则“罪加一等”。而我国刑法则将因过失不知诽谤事实虚假的情形排除在刑法之外,仅将故意捏造以及明知捏造的情形作为诽谤的入罪情形。相当于仅规定了《德国刑法典》第 187 条,即限于更为严重的故意捏造。这体现出我国刑法的谦抑性。

固然法秩序具有统一性,社会的客观价值秩序也是稳定和一致的。但是,只要刑法的评价标准高于民法,即不存在刑法与民法在价值判断上的不一致。刑法在过失不知有损他人名誉的事实为不真实的情形作了除罪化“谦让”,并非刑法支持相反的判断,只是刑法将此种情形让诸民法或其他规范进行调整。这与刑民价值秩序一致性的要求并不相违背,而是刑法保护门槛更高所导致的。

### 2. 名誉权保护的刑法谦抑主义?

在认可刑法谦抑主义及刑民差异的前提下,刑法与民法对未尽到合理注意义务的言论给予不同的法律评价,似可得到解释。但在此应有更清醒的认识。从文献来看,谦抑主义的概念主要来自日本。<sup>⑧</sup>德国等传统刑法理论和调整模式不存在谦抑的问题。谦抑主义是否为我国所采取的刑事立法政策,也见仁见智。<sup>⑨</sup>应当说,谦抑主义在某些方面的确有积极意义。<sup>⑩</sup>但是,刑法是否对某一社会现象进行规制,应考虑的是必要性、合目的性,而非谦抑性。

从诽谤罪的刑事立法来看,我国有学者指出,《刑法》第 246 条之所以规定“捏造”是为了避免将误以为是真实而散布损害他人名誉虚假事实的行为认定为犯罪,也是为了防止处罚没有犯罪故意的行为。<sup>⑪</sup>然而,从上文立法史考察来看,立法者是否曾有这样的考虑值得怀疑。并不能认为立法者是

<sup>④</sup> 参见徐卫东、李洁等《刑法谦抑在中国——四校刑法学高层论坛》,载《当代法学》2007 年第 1 期。

<sup>⑤</sup> 参见莫洪宪、王树茂《刑法谦抑主义论纲》,载《中国刑事法杂志》2004 年第 1 期;王兵兵《刑事立法谦抑理念的新解读——以预防刑法为视角》,载《政法学刊》2021 年第 2 期。

<sup>⑥</sup> 陈兴良《刑法谦抑的价值蕴含》,载《现代法学》1996 年第 3 期,第 17 页。

<sup>⑦</sup> MüKoStGB/Regge/Pegel, 4. Aufl. 2021, StGB § 187 Rn. 2, Rn. 10.

<sup>⑧</sup> 前引④。

<sup>⑨</sup> 参见前引⑤王兵兵文。

<sup>⑩</sup> 参见李洁、孔祥参《刑法的扩张对谦抑性的悖离》,载《社会科学辑刊》2020 年第 2 期。

<sup>⑪</sup> 郑海平《网络诽谤刑法规制的合宪性调控——以 2014—2018 年间的 151 份裁判文书为样本》,载《华东政法大学学报》2019 年第 3 期,第 68 页。

经过审慎考虑,特别是结合比较法并从刑民关系的角度对该问题作出的决断。就学理而言,这里也存在可商榷之处,诽谤罪的犯罪故意应指侵害他人名誉的故意,而非指对损害他人名誉事实非真实性的明知。两者在事物本质和比较法上都是不同的。所谓防止处罚没有犯罪故意的论点无法成立。在诽谤法律调整问题上,也恰恰是对损害他人名誉事实非真实性及其主观状态的考量具有重要性。也就是说,在以故意侵害名誉权作为诽谤构成的基本前提下,再考虑行为人对损害他人名誉事实非真实性的主观状态的不同,并基于不同的价值立场和立法例作出选择。此外,所谓诽谤罪的谦抑主义与当前的刑事立法政策也是不符的。从《刑法》第246条的修订以及《信息网络诽谤刑事案件解释》来看,我国在加强网络诽谤的名誉权保护,这在刑法谦抑主义理念下难以得到解释。

## 五、损害他人名誉事实非真实性主观标准的刑民统一化

### (一) 畸轻或畸重的可能

诽谤罪保护的直接法益为名誉和人格尊严利益。<sup>⑦</sup>刑法以捏造事实为诽谤的构成要件,可能导致对名誉权本身保护的弱化和忽视。在司法实践中,损害他人名誉言论的真实性也成为案件审理的核心,<sup>⑧</sup>这可能是具有现实性的。据德国学者 Bruns 的说法,在美国诽谤诉讼中更关注名誉权是否受损,而在德国法官更关注言论是否真实。<sup>⑨</sup>无论如何,诽谤罪保护的直接法益是名誉权,应以名誉权本身保护的必要性作为诽谤入罪与否的决定因素。

我国当前的模式可能导致刑民处理的畸轻或畸重。这首先体现为刑法对名誉权保护的“疏漏”,并进而体现为刑民的紧张关系。具体而言,完全有可能的情形是受害人因名誉权侵害行为遭受极大损害,且行为人对名誉权损害存在主观故意,对于事实真实性也未尽到合理核实义务。然而,仅仅因为无法证明行为人存在捏造或明知捏造的情形,即不成立诽谤罪,这必将导致名誉权刑法保护的不周延。也就是说,在现有的《刑法》规定之下,有些情形名誉权损害后果并不严重,但是却构成刑法的诽谤罪,而有些情形名誉权损害后果很严重,行为人也存在主观过错,却不构成诽谤罪。这导致刑法评价的内部不一致。在同等情形,民法的评价却是一致的,均需承担诽谤侵权的民事责任,且在动态系统下损害后果、主观过错程度对于损害赔偿意义。另外,这也可能导致在民法上较为严重的名誉侵权,却不构成诽谤犯罪;而在民法上较为轻微的名誉权侵权,却构成刑事诽谤罪。这也是与法秩序统一相矛盾的。

谦抑主义还会造成名誉权刑法保护的不周延。从比较法来看,《德国刑法典》第186、187条区分了行为人对损害他人名誉事实非真实性主观状态的不同,而我国仅规定了“主观恶性”更强的明知非真实性的情形,似乎体现了刑法的谦抑性。但德国的保护是周延的,我国则忽略了故意侵害名誉权的另外一种情形,即对损害他人名誉事实非真实性存在未尽到合理核实义务的情形,行为人同样是故意侵害名誉权且可能带来更严重后果,受害人遭受的损害是平等的甚至更严重。其根本原因在于对诽谤罪构成存在偏差,将故意侵害名誉权与捏造事实陷害他人混为一谈,忽视了侵害他人名誉的故意与对损害他人名誉事实非真实性主观状态的不同。

### (二) 名誉权保护目的及网络诽谤规制

基于名誉权本身的特性,民事侵权救济有其局限性。但我国刑事诽谤的高标准导致受害人难以通过诽谤诉讼维护其名誉权,原告往往无法证明被告存在真实恶意,刑法对名誉权的保护面临落空的风险。刑法对于不顾真假的非捏造恶意言论给予保护,始终有过度保护言论自由的疑虑,这在网络谣言泛滥的当下更是需要注意的。特别是在部门法宪法化的视角下来看,刑民价值判断的差异难以合

<sup>⑦</sup> MüKoStGB/Regge/Pegel, 4. Aufl. 2021, StGB § 186 Rn. 1.

<sup>⑧</sup> 徐娟《网络诽谤罪认定的检视与重构——以“真实恶意”的影响为中心》,载《网络犯罪研究》2016年第2期,第46页。

<sup>⑨</sup> 参见前引⑧。

理解释。相反,采纳“故意+过失”标准,即采取侵害名誉权的主观故意,以及损害他人名誉言论事实真实性的合理注意标准,有利于实现名誉权保护的刑民协调性。在《民法典》实施的背景下,对于刑事诽谤罪在“明知捏造”标准之外增加“合理注意义务”标准,还有重视《民法典》前置性、基础性的意味。

网络诽谤是随着互联网而新发生的现象。合理注意义务标准对于网络言论的刑法规制有意义。虽然网络言论来源的可识别性更困难,网络媒体或网络言论主体相对于传统媒体的核实能力也不同。<sup>⑤</sup>但互联网更容易成为恶意及仇恨言论的散布场所。<sup>⑥</sup>在信息网络社会网络造谣与传谣更具伤害性。<sup>⑦</sup>我国专门通过司法解释规制网络诽谤的问题,体现出对网络言论刑法规制的积极政策。我国《刑法修正案(九)》,也对网络情形诽谤罪举证的问题作出新的规定,这均是我国刑法加强网络名誉权保护的刑事政策体现。

在积极的名誉权保护与网络言论规制的刑事司法政策下,刑事诽谤采纳合理注意义务标准,也有利于互联网名誉侵权的预防和规范。在所谓的“转发五百次”入刑的司法解释下,以明知不实作为诽谤的入刑标准,仍然不会起到实质性的威慑网络谣言或网络不实信息的目的,行为人可以不存在双重明知轻松逃脱刑事诽谤的高门槛。相反,以合理注意义务约束网络言论,以行为人未尽到合理注意义务作为刑法介入的标准,既能遏制明知不实的网络虚假言论,也能在一定程度上遏制不辨真假的言论传播,督促人们谨慎行事。与此同时,也能够维护相对自由的网络言论空间。而单纯以转发的次数作为调整标准,也有机械性的嫌疑。

## 六、名誉权保护刑民协调的其他问题

刑法与民法价值判断上的一致性要求二者在价值判断上作出同向选择。刑法与民法内部价值秩序的变化也会影响到对方,两者应保持合理的价值协调关系,更不能南辕北辙。就此,《民法典》编纂后,刑民关系尚有诸多值得探讨的问题。

### (一) 舆论监督、新闻报道情形的刑民协调性

我国刑法对于名誉权的保护并未区分公众人物与非公众人物,对于公务员和社会知名人士与普通人采取同等的名誉权保护标准。在司法实践中,对于公众人物特别是对政府工作人员名誉权的保护甚至有强于非公众人物保护的倾向。<sup>⑧</sup>对于政治人物或公众人物是否采取更强的名誉权保护,涉及政策层面的考量,但并非绝对。如上所述,与美国强调公共言论自由不同,《德国刑法典》对政治人物的名誉权给予特殊的保护。从我国名誉权民法保护的司法实践来看,弱化公众人物的名誉权保护,以彰显民众的言论自由,是重要的司法裁判观点。学理上也认为,公众人物的名誉权保护要让位于公众的言论自由。<sup>⑨</sup>《民法典》第 1025 条对涉及舆论监督、新闻报道等公共利益的情形,以原则上不保护名誉权为一般,以“捏造、歪曲事实”“未尽到合理核实义务”等为例外。虽未提及公众人物,并且合理核实义务的规定体现出平衡言论自由与名誉权保护的立场,但还是具有一定的鼓励公共领域言论自由的导向。从司法实践来看,行政官员名誉权的刑法保护仍可能滥用。<sup>⑩</sup>从《民法典》的价值导向

<sup>⑤</sup> Hoeren/Sieber/Holznapel/MultimediaR – Hdb/Viefhues Teil 8 Rn. 37—41.

<sup>⑥</sup> Artur Wandtke, Saskia Ostendorff, Grenzen der Meinungsfreiheit bei Hassreden aus straf- und persönlichkeitsrechtlicher Sicht., ZUM 2021, 26.

<sup>⑦</sup> 前引⑤,第 244、269 页。

<sup>⑧</sup> 王新龙、李茜《公共批评与公职人员名誉保护的法律规制——唐某国与唐某红名誉权纠纷案》,载《法律适用》2020 年第 24 期,第 145 页。

<sup>⑨</sup> 高荣林《侵犯公众人物名誉权之实证研究》,载《盐城师范学院学报(人文社会科学版)》2021 年第 4 期,第 80 页。

<sup>⑩</sup> 前引⑦,第 56 页。

出发,舆论监督、新闻报道情形名誉权刑法保护的刑民协调性,应当引起关注。我国已有学者建议,刑法应提高对于公众人物或涉及公共利益诽谤的保护标准。<sup>⑩</sup>虽然罪刑法定主义可能会限制通过司法裁判实现刑民统一的空间。但在刑法该条未修正的情况下,刑事司法仍应顾及民法对公众人物名誉权保护的裁判观点,考虑《民法典》的相关规定,以体现刑民的协调性。

## (二) 明知捏造与举证责任分配的刑民协调

如上所述,刑事诽谤双重故意的入罪标准,将导致诽谤诉讼的受害人承担极为严格的举证责任,诽谤罪成立的难度很大。虽然《刑法》第246条修改后增加了通过信息网络实施诽谤的,原告可以请求公安机关协助的规定,但并没有改变举证责任分担规则。在刑法上,暂不涉及尽到合理核实义务的举证问题。

在我国《民法典》编纂前,行为人还是受害人承担事实真实性以及尽到注意义务的举证责任,具有一定的不确定性。从《民法典》第1024、1025条的规定来看,在舆论监督、新闻报道等关涉公共利益的情形,应由受害人承担行为人“未尽到合理核实义务”的举证责任。从第1028条的表述来看,也应由受害人承担内容失实的举证责任。当然,将第1025条作为排除违法性的正当事由也有空间,应由行为人自证已尽到合理核实义务。无论如何,在举证责任问题上还存在一定的不确定性,有刑民再协调的空间。另外,《民法典》第1026条引入“动态系统理论”下的考量因素,<sup>⑪</sup>且法官需主动考虑相关动态因素。损害他人名誉事实非真实性并非完全是举证责任问题。这对刑事诽谤也应当有意义。

## (三) 名誉权自力救济与“转发五百次”入刑

在互联网领域,隐私、名誉等人格权的保护的确是需要加强的,但矫枉不能过正。按照我国《民法典》第1195条的规定,网络用户利用网络服务实施侵权行为的,被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。这在法律上被称为撤回权(retraction)或更正权(correction),是一种合法的自力救济权。<sup>⑫</sup>在《英国2013年诽谤法案》《美国1993年诽谤更正与澄清示范法》,及时的更正将影响原告的损害赔偿。<sup>⑬</sup>我国《民法典》并未将删除、屏蔽、断开链接作为排除损害赔偿的事由,但作为恢复原状性质的救济方式,在未给受害人造成实质性财产损失以及精神损害的情况下,已是一种完全的救济。在我国,司法裁判观点也倾向于认为,删除涉嫌侵权的言论,将影响原告损害赔偿请求权的实现。<sup>⑭</sup>

此外,《信息网络诽谤刑事案件解释》第2条规定,只要满足转发五百次或者点击五千次的数量标准,即已满足诽谤罪的成立条件。即使受害人享有民法上的自力救济权,在刑法上仍构成诽谤罪。然而,转发五百次在民法上可以通过删除链接等实现充分救济。民法上的断开链接等自力救济手段,相对于刑法诽谤罪的制裁,是一种较为缓和的救济措施。在民法上仍然存在救济措施并可实现权利完全救济的情形,甚至民事赔偿已被排除,刑法介入的必要性可能是不存在的。特别是,受害人绕过民法所赋予的自力救济权而直接诉诸刑法,还可能导致诽谤罪的过度适用。

## 七、结 论

在名誉权保护的问题上,损害他人名誉言论的非真实性的主观状态对诽谤的法律调整具有关键

<sup>⑩</sup> 前引②张明楷文,第69页。

<sup>⑪</sup> 参见前引⑩。

<sup>⑫</sup> See Allison E. Horton, *Beyond Control? The Rise and Fall of Defamation Regulation on The Internet*, 43 Valparaiso University Law Review, 1265 (2009).

<sup>⑬</sup> See Vincent R. Johnson, *Comparative Defamation Law: England and The United States*, 24 University of Miami International and Comparative Law Review, 1 (2016).

<sup>⑭</sup> 参见最高人民法院(2019)最高法民申4763号民事裁定书。

意义。而我国刑法与民法对此的认定标准并不一致,刑法采取故意捏造及明知捏造标准,而民法采取未尽到合理注意义务的标准。虽然损害他人名誉主观状态刑民标准的差异具有历史性,但其合理性值得商榷。从与其他国家(地区)的对比来看,我国的模式与美国、德国、日本、我国台湾地区等的刑民统一标准形成反差,缺乏比较法支撑。诽谤的法律调整涉及法秩序统一。损害他人名誉事实非真实性的合理注意义务标准、明知捏造标准分别代表了言论自由保护的不同尺度,我国的刑民差异存在保护言论自由尺度不一致的疑问。表面看来,刑法谦抑主义似乎可以对此予以解释,但我国在诽谤罪上是否采纳谦抑主义值得追问和商榷。而且谦抑主义也与加强名誉权保护的刑事立法和司法政策存在紧张关系。从实际效果来看,在行为人存在故意损害他人名誉权但对事实真实性存在过失的情形,刑法的标准可能导致名誉权保护的畸轻或畸重后果。采取刑民统一的合理注意标准,符合主要国家的立法选择,也能够调和我国刑民价值判断不统一的问题,避免畸轻或畸重的发生。此外,《信息网络诽谤刑事案件解释》与《民法典》规定的受害人撤回权以及更正权之间存在一定的紧张关系。在舆论监督、新闻报道情形以及举证责任分担上,也应考虑刑民协调性的问题。

### On the Necessity of Coordination between Criminal and Civil Personnel in the Protection of Reputation Right—Focusing on the Subjective State of the Perpetrator

WANG Wei - wei

**Abstract:** There are differences in the protection of the right of reputation between China's Civil Law and Criminal Law. In the subjective state of the untruthfulness of facts that harm the reputation of others, the Criminal Law adopts the standard of "deliberate fabrication", while the Civil Law adopts the standard of "reasonable verification obligation". Although differences in legal departments and penal modesty can be used as justifications. However, the differences between Criminal and Civil in China are different from those in the United States, Germany and other countries, which all have their own institutional basis for realizing the coordination between criminal and civil relations. As far as the system is concerned, the difference between criminal and civil regulations adjusted by China's Defamation Law leads to the overall disharmony of the legal order. As far as value judgments are concerned, the standards of the Criminal Law lead to freedom of speech in a dominant and protective position, while in the Civil Law, freedom of speech and the right of reputation are in the same position, and the difference between the two is contrary to the principle of unity of constitutional value order. In terms of practical effects, the Criminal Law excludes false statements that have not fulfilled its reasonable review obligations, which will cause the Criminal Law protection of the right of reputation to be abnormally heavy. It is preferable for both criminal and civil rules to adopt the standard of reasonable verification obligation as the basic rule. In cases involving public figures or the public interest, as well as multiple forwards, there is also a need for coordination between Criminal and Civil Law for the protection of the right of reputation.

**Key words:** right of reputation    defamation    freedom of speech    criminal - civil relations    reasonable verification obligations